



Fundação Escola Superior
do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Curso de Especialização Ordem Jurídica e Ministério Público

A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO
ABSTRATO:
*A TIPICIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA
COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ.*

Renata Carvalho Derzié Luz

Brasília, junho de 2010

RENATA CARVALHO DERZIÉ LUZ

*A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO
ABSTRATO:
A TIPICIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA
COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ.*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título especialista no âmbito do Curso Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Orientador: Prof. Dermeval Gomes Farias Filho

Brasília, junho de 2010

Ao meu amado avô, Américo Luz (*in memoriam*), dedico este trabalho como forma de agradecimento por ter me inspirado a seguir neste caminho tão maravilhoso e fascinante que é o Direito. Se não fosse por ele, provavelmente eu não estaria aqui, pois não teria o seu fantástico exemplo a seguir. Ao crescer convivendo com tão brilhante homem, observando a sua conduta sempre correta, justa e humana, não poderia me restar escolha melhor do que seguir os seus passos, na esperança de um dia ter a sua capacidade de observação e compreensão do mundo, realizando qualquer ato com todo entusiasmo e amor, visando sempre à aplicação e concretização da verdadeira justiça, uma justiça digna, humana, de acordo com os ensinamentos cristãos.

Acima de tudo, agradeço a Deus por ter permitido a conclusão desta etapa da minha árdua caminhada em busca da realização de um grande sonho. Agradeço aos meus pais que sempre me apoiaram, aos meus irmãos que torceram por mim nesta trajetória, à minha amiga Lídia, pela idéia, e em especial, aos meus amados filhos, Luiz Felipe e Gabriela, minha vida, por terem suportado tão bem a minha ausência, por terem compreendido os meus motivos, pelo amor incondicional que tanto me fortalece e por terem acreditado em mim. Agradeço, ainda, ao Prof. Dermeval Gomes Farias Filho, que com tanto entusiasmo me incentivou à conclusão deste trabalho, o valorizando com as suas idéias.

RESUMO

O trabalho trata da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, com enfoque no crime de porte de arma de fogo desmuniada e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que tratam da matéria. A partir da tipificação dos crimes de perigo abstrato, surgiram alguns problemas no Direito Penal, como a indagação sobre a lesividade dos tipos neles previstos, assim como o questionamento acerca da efetiva proteção penal que a incriminação destes tipos de delitos traz para a sociedade. Mas o problema que terá enfoque central neste trabalho é a tipicidade do crime de porte de arma de fogo desmuniada, de acordo com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 07 |
| 1-A TUTELA PENAL DO BEM JURÍDICO | 10 |
| 1.1-CONCEITO DE BEM JURÍDICO | 10 |
| 1.2-FUNÇÃO DO BEM JURÍDICO | 13 |
| 1.3-CLASSIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL | 15 |
| 1.3-OS BENS JURÍDICO-PENAIIS EXTRAÍDOS DOS VALORES CONSTITUCIONAIS | 16 |
| 2-OS CRIMES DE PERIGO | 18 |
| 2.1-CONCEITO DE PERIGO | 19 |
| 2.2-DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO DE PERIGO E DOLO DE DANO | 20 |
| 2.3-SUBSIDIARIEDADE DOS CRIMES DE PERIGO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE DANO | 22 |
| 2.4-CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO | 23 |
| 2.4.1-Crimes de perigo concreto | 23 |
| 2.4.2-Crimes de perigo abstrato ou presumido | 25 |
| 2.4.3-Crimes de perigo abstrato com presunção <i>juris tantum</i> | 27 |
| 2.4.4-Crimes de perigo abstrato-concreto | 29 |
| 2.4.5-Crimes de perigo comum e crimes de perigo individual | 30 |
| 3-A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO | 30 |
| 3.1-DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS | 31 |
| 3.1.1-Princípio da legalidade | 31 |
| 3.1.2-Princípio da intervenção mínima | 32 |
| 3.1.3-Princípio da lesividade, da ofensividade ou da materialização do fato | 33 |
| 3.1.4-Princípio da presunção de inocência | 34 |
| 3.1.5-Princípio da culpabilidade | 34 |
| 3.2-A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO | 35 |
| 3.3-A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO | 39 |
| 4-A TIPICIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA | 42 |
| 4.1-A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 43 |
| 4.2-A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 47 |
| CONCLUSÃO | 50 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 52 |

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, de acordo com o princípio da *ultima ratio*, só deve tutelar os bens juridicamente mais relevantes para a sociedade, dada a gravidade das suas sanções. Acontece que os bens jurídicos mais relevantes são assim valorados a depender do contexto social em que se encontram.¹

Desta forma, a sociedade, segundo seus valores, manifesta sua intenção de proteger determinados bens jurídicos e, em resposta, o legislador proporciona a respectiva tutela legal, por meio, por exemplo, da tipificação de crimes chamados de perigo abstrato.

Tais crimes, no entanto, não obedecem a uma estrutura típica formal, além de irem de encontro com diversos princípios constitucionais. Limita-se, por conseguinte, direitos fundamentais, como a liberdade, com o intuito de corresponder às expectativas sociais, sem se valer de técnica legislativa adequada.

Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige, nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico.

Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreto a determinado bem jurídico, mas a mera possibilidade de dano.

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes², no RHC 89.889/DF, baseado em dados empíricos o legislador seleciona grupos ou classes de ações em que, geralmente, levam consigo indesejado perigo ao bem jurídico. Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que, concretamente, essa lesão ou esse perigo de

¹ BORBA, Maurício. *A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato*. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc. Acesso em: 17 abril 2010.

² Supremo Tribunal Federal, RHC 89.889/DF, Rel. Min. Carmén Lúcia.

lesão não venha a ocorrer. O legislador, dessa forma, formula uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou perigo de lesão venha a se efetivar. O delito estará consumado com a mera conduta descrita no tipo.

Os crimes de perigo abstrato presumem, de forma absoluta, a criação do perigo pelo autor da conduta prevista no tipo respectivo. Isto quer dizer que o agente é punido pela mera desobediência da letra da lei, sem que se comprove a existência de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado, ou seja, de qualquer resultado jurídico/normativo. A presunção legal de perigo e a tipificação elaborada vagamente, põem em dúvida a sua constitucionalidade, bem como a dos crimes de perigo abstrato.

Isso porque se considera que esta presunção vai de encontro a diversos princípios constitucionais penais, além de não respeitar a estrutura básica do tipo e de ser expressão de uma técnica legislativa reprovável, ainda mais quando suprimem garantias fundamentais do indivíduo.

A maior preocupação da doutrina e da jurisprudência baseia-se no fato de se estar tutelando apenas um comportamento que tem potencialidade lesiva, mas, muitas vezes, nem isso, podendo, assim, nunca ocasionar um dano efetivo. Por essas razões indaga-se até que ponto esses delitos são constitucionais e respeitam os princípios constitucionais penais, os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O presente estudo buscará examinar a utilização dos crimes de perigo abstrato como a forma encontrada pelo legislador para tentar barrar a criminalidade oriunda da sociedade posta na atualidade, bem como a constitucionalidade desses delitos, tendo como exemplo a tipificação do porte de arma de fogo desmuniada. Também se investigará se esse tipo de crime se justifica, especialmente em face da Constituição, tendo em conta seus valores, princípios e uma política criminal que vise a concretizá-los.

Assim, analisar-se-á a forma pela qual a sociedade contemporânea vem se caracterizando, as justificativas utilizadas pelo legislador para criminalizar condutas de perigo, a ofensividade de tais delitos aos princípios constitucionais. Após, ver-se-á as

diferenças entre os crimes de perigo e os crimes de dano, os conceitos de crimes de perigo concreto e abstrato, e a fundamentação da existência e abundância deste último nas legislações penais da sociedade contemporânea, além das violações que acarreta ao Direito Penal Clássico.

A premissa desse estudo é o Direito Penal liberal-democrático, que encontra fundamento no Estado Democrático de Direito, no princípio basilar da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais e em certos princípios penais daí decorrentes, ligados à uma política criminal que vise à proteção de bens jurídicos que respeite os direitos fundamentais do homem, restringindo-os de modo tanto moderado, principalmente a liberdade, na medida necessária, o quanto baste, para tutelar os bens jurídicos imprescindíveis à vida em comunidade.

1. A TUTELA PENAL DO BEM JURÍDICO

1.1. Conceito de bem jurídico

Atualmente, não há resistência alguma entre os autores de Direito Penal sobre a importância do estudo do bem jurídico, muito pelo contrário, há uma marcada e invariável concordância entre eles de que a intervenção penal só se justifica para tutelar bens jurídicos. Daí ser tão importante a sua conceituação.

No entanto, a conceituação de bem jurídico não encontra muito consenso na doutrina.

De acordo com o ensinamento de Pontes de Miranda³, bem jurídico é aquele que, por ser relevante para o direito, entrou para o mundo jurídico. É o bem que, por ter sido selecionado como essencial, tornou-se portador de tutela jurídica.

Existem conceitos imanentes, que são aqueles decorrentes da norma, e conceitos transcendentes, que são aqueles independentes da norma, conceitos autônomos, como falava Franz von Liszt⁴, que entendia que a norma não constituía o bem jurídico, mas reconhecia-o. O bem, desta forma, seria preexistente à norma.

Von Liszt⁵ buscava estabelecer uma conceituação com respaldo nas relações sociais, afirmando que o bem jurídico não era criado pelo legislador, mas por este reconhecido. O autor recebeu a crítica de Rocco⁶, por não distinguir bem de interesse.

Polaino Navarrete⁷ faz sua definição nos seguintes termos: “Em suma, o ‘bem jurídico’ pode ser definido de forma sintética, a nosso juízo, como o bem ou valor

³ MIRANDA, Pontes. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 36.

⁴ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 36.

⁵ LISZT, Franz von, op. cit., p. 37.

⁶ ROCCO, Arturo. *Lóggeto del reato e della tutela giuridica*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

⁷ NAVARRETE, Miguels Polaino. *El bien jurídico en el derecho penal*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do direito penal”.

Já Jakobs preocupa-se com a eficácia da norma e com o sistema, concebendo a partir daí uma posição que significa infirmar a doutrina do bem jurídico.⁸

Na busca da definição de bem jurídico, não se pode deixar de levar em consideração que o homem, que a sociedade vive em função de valores, de modo que as ações que empreendem a respeito de situações, fatos, coisas e também de pessoas são produtos de valorações. Desse modo, se algum valor for de tal relevância que mereça a proteção penal, configurará um bem jurídico-penal.

Sábida é a definição de Francisco de Assis Toledo, para quem “bens jurídicos são valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões efetivas”.⁹

No mesmo sentido está a lapidar lição de Claus Roxin, segundo a qual em:

“cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de *condições valiosas* como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra, os chamados *bens jurídicos*”¹⁰.

Fragoso entende que o bem jurídico “é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito”¹¹.

É importante ressaltar que há bens que foram selecionados e tutelados pelo direito, os bens jurídicos em sentido *lato*, e outros que, por terem maior importância, são

⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, a nova parte geral*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 277/278.

tutelados pelo direito penal, o que significa dizer que há relevante diferença entre o conceito de bem jurídico e de bem jurídico-penal, já que nem todos os bens jurídicos são dignos de tutela penal¹². É necessário que se tenha em vista os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal.

De acordo com o princípio da fragmentariedade, o direito penal não atua sobre toda a realidade fática, mas seleciona os bens que entende mais importantes para proteger, desde que comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem.

O direito penal não está autorizado a proteger todos os interesses juridicamente relevantes, mas somente aqueles mais essenciais, e em face dos ataques mais graves.

Sendo assim, o direito penal somente é chamado a atuar em condições excepcionais e quando verificados certos fatores. O primeiro diz respeito à dignidade penal do bem jurídico, que é determinada a partir do grau de relevância que o referido bem adquire na sociedade, o que faz com que este receba a qualificação de bem jurídico-penal e exija a tipificação das condutas que o afetam. Para essa análise, é essencial o significado conferido ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, pois somente os bens imprescindíveis ao desenvolvimento do cidadão e de sua personalidade é que poderão ser considerados dignos da tutela penal¹³.

Além de atentar contra um bem jurídico-penal, a conduta deve ofendê-lo e dessa ofensividade é que decorre que seja grave a lesão e considerável o dano.

Portanto, o fundamento do direito penal material, e que o legitima, é a proteção de valores que se expresam nos bens jurídicos. Assim, o bem jurídico-penal

¹² Nesse sentido: “não são todas as relações sociais (os bens) que contam com hierarquia (e valor) suficiente para integrar o rol dos bens jurídico-penais”. GOMES, Luiz Flávio, *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b, p. 105.

¹³ FERRAZ, Denise Nóbrega. *Crimes de Perigo Abstrato: A tutela dos bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno*. 2006. 46 f.. Monografia (Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2006, p. 23.

pode ser conceituado como o “bem valorado como essencial à convivência social de certa comunidade, em dado momento histórico, e por isso tutelado pela norma penal”¹⁴.

1.2. Função do bem jurídico

A noção de bem jurídico não se exaure em um simples conceito. Ainda que a definição das suas funções não seja consensual, é importante relacionar algumas.

Primeiramente, as condutas tipificadas no Código Penal são feitas a partir de uma seleção de bens jurídicos. A tipicidade não constitui mero indício de ilicitude, mas representa a seleção de um fato extraído da vida real e que é considerado nocivo à convivência social¹⁵.

Para Assis Toledo:

“o tipo penal é um modelo abstrato de comportamento proibido. É, em outras palavras, descrição esquemática de classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”¹⁶.

O bem jurídico busca, portanto, respaldar o trabalho de seleção das figuras penais incriminadoras, que somente se justificam na medida em que tutelem valores essenciais da sociedade, afastando, por conseguinte, incriminações de mero dever.¹⁷ O proibido servirá a tutelar algum valor que seja significativo para a comunidade.

Além da função acima referida, o bem jurídico tem também a função crítica,¹⁸ que se consubstancia na consideração pré-jurídica que se deve ter do bem, porquanto o direito é um produto cultural e vivido antes mesmo de ser normatizado. Na verdade, a função seletiva só se faz possível por meio da função crítica de bens que deve vir antes daquela, porquanto somente após o adequado trabalho crítico é que se chega ao trabalho selecionador de bens merecedores de tutela penal.

¹⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

¹⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 38/39.

¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 127.

¹⁷ NAVARRETE, Miguel Polaino. *El bien jurídico en el derecho penal*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 39.

¹⁸ Sobre tal função, leia-se FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo, fundamentando-se em ROCCO, Arturo. *Lóggeto del reato e della tutela giuridica*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 39.

No entanto, de acordo com Ângelo Roberto Ilha da Silva:

“a função crítica não deve estar presente apenas como suporte para criminalizar novas condutas lesivas que venham a surgir, mas permanecer presente, possibilitando, assim, descriminalizar condutas antes previstas como ilícito penal, mas que tenham perdido o seu significado de danosidade social”.¹⁹

Há que se fazer referência, também, a uma função limitadora ou de garantia, porquanto, como se extrai do Código Penal, os crimes ali descritos são sempre crimes contra alguém ou contra algo que se procura preservar. Ademais, conforme leciona Ângelo Roberto Ilha da Silva, “ilícitos tuteladores de bens jurídicos de cunho estritamente ético devem ser descaracterizados, pelo menos em nível penal”.²⁰

Luiz Regis Prado, ao fazer referência à função de garantia ou de limitação ao direito de punir, afirma que “o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal”.²¹

Importante destacar, ainda, a função dogmática referida por Fiandaca e Musco, que terá como efeito a atipicidade da conduta que não configure lesão a algum bem²²; a função humanizadora, tratada por Mauricio Antônio Ribeiro Lopes e indicada por Roxin, “como especialização da função de garantia ao expor que só se podem punir as lesões de bens jurídicos se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada”²³; e a função teleológica ou interpretativa, como critério de interpretação de lei penal e que tem nítido caráter dogmático-prático.

O bem jurídico assume, ainda, outra importante função de orientação do operador do direito, seja do órgão do Ministério Público, seja do juiz ou do defensor, frente a casos de diminuta significância lesiva, porquanto não deve o direito penal ocupar-se de bagatelas, tampouco deve haver intervenção penal em campo que não o exclusivo da tutela do bem jurídico. Esta função está intimamente ligada com o tão falado e pregado princípio da insignificância, segundo o qual a lesão ínfima ao bem jurídico tutelado carece de tipicidade material.

¹⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 39.

²⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 40.

²¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996, p. 40.

²² FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 40.

²³ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 40.

Uma última função enunciada por Ângelo Roberto Ilha da Silva, que merece destaque e que está mais afeta ao julgador, está no delito tentado, no qual o modelo típico é

“dado pelo tipo previsto na parte especial do Código Penal ou da lei especial somada à regra do art. 14, II, do CP. Em tal caso, a lei prevê uma pena diminuída de um a dois terços em relação ao crime consumado. Nesse caso, ao aplicar a pena, o julgador terá em conta, além de outros fatores, o nível de afetação do bem jurídico”.²⁴

Nas palavras de Ângelo Roberto Ilha da Silva,

“em torno de todas as funções mencionadas está implícito o axioma fundamentador e, por conseguinte, *legitimizador das incriminações*, ou seja, a dedução de que o legislador só poderá incriminar, de forma subsidiária, condutas lesivas a bens fundamentais e imprescindíveis à vida em comunidade. Quando se fala em condutas lesivas, tem-se em consideração tanto a lesão efetiva quanto a exposição a perigo”.²⁵

1.3. Classificação do bem jurídico-penal

Levando-se em consideração que o bem jurídico deve ser detentor de uma enorme importância, é necessário esclarecer para quem deve ser dirigida essa relevância: para o homem, para a coletividade ou para ambos.

A partir dessa análise, surgem três diferentes posicionamentos na doutrina: a concepção dualista, a monista-pessoal e a monista-estatal ou monista coletivista.

Para os que defendem a teoria monista-estatal ou monista-coletivista do bem jurídico, todos os bens jurídicos são reflexos de um interesse do Estado ou da coletividade.²⁶ Bens jurídicos individuais não seriam reconhecidos enquanto tais, porquanto o indivíduo somente será protegido na medida em que isso interessasse ao Estado ou à coletividade.²⁷ Esta é uma posição extremista, que tem como precursor Binding.

²⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 43.

²⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 43.

²⁶ FERRAZ, Denise Nóbrega. *Crimes de Perigo Abstrato: A tutela dos bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno*. 2006. 46 f.. Monografia (Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2006, p. 28.

²⁷ GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 49, p. 102, jul./ago. 2004.

Em contrapartida, para a concepção monista-pessoal do bem jurídico, o que se tem em foco são os interesses individuais. Os bens jurídicos da coletividade somente serão reconhecidos legítimos na medida em que se referirem a bens jurídicos individuais, o que significa dizer que essa categoria, por si só, não é objeto de tutela por meio do direito penal. Nesse sentido é o ensinamento de Von Liszt e Hassemer, para quem todos os bens jurídicos são bens das pessoas.²⁸

Por fim, a terceira corrente, que defende a concepção dualista do bem jurídico, estabelece que há bens jurídicos tanto individuais quanto coletivos, sendo que não se podem reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão ou interesse coletivo, estando vedado também pensamento em sentido contrário, de reduzir bens jurídicos coletivos em individuais.

1.4. Os bens jurídico-penais extraídos dos valores constitucionais

Com base no Estado Democrático Brasileiro consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil, é que se deve analisar a legitimidade dos crimes de perigo abstrato em face desta.

É de notar-se que há um núcleo comum consistente no Estado de Justiça, e na especial consideração da dignidade da pessoa humana com suas consequências, e isso advém de uma conquista do pensamento iluminista que norteia a generalidade dos Estados Democráticos ocidentais, que erige o valor central e os demais valores fundamentais sempre a gravitar em torno desse valor primordial, como consequência. Portanto, há um espaço comum nas Constituições ocidentais, de marca democrática, que consagram invariavelmente a dignidade da pessoa humana, a liberdade, o Estado Democrático de Direito e outros, que constituem consequência lógica.

Um conceito material de Constituição, assim entendida, no magistério de Canotilho²⁹,

“seguindo as sugestões de uma cultura constitucional fortemente radicada – a italiana – o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade

²⁸ FERRAZ, Denise Nóbrega, ob. cit., p. 28/29.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.013 e 1.014.

e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita”.

A consideração da Constituição em seu aspecto formal é que irá possibilitar deduzir os parâmetros que subjazem ao estabelecimento de seus valores.

Partindo do exame de valores ou *sistema de valores*, busca-se desvelar “opções ético-sociais da comunidade jurídico-política representada naqueles valores”,³⁰ em conjunto com o valor da dignidade da pessoa humana e outros deste decorrentes, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a integridade física e moral e alguns bens jurídicos coletivos fundamentais, havendo forte embate doutrinário quanto a estes últimos, os coletivos fundamentais, no que diz com sua tutela por meio da intervenção penal.³¹

Em síntese, pode-se afirmar que é possível auferir valores constitucionais por meio do estabelecimento de um sistema de valores fundado em um esquema constitucionalmente proposto, e que consiste em estabelecer uma leitura do conteúdo material da Constituição e dar-lhe uma interpretação teleológica tendente a concretizar objetivos ético-sociais.

No que tange ao risco de sacrificar-se um bem de hierarquia superior ao bem violado, parece ser inerente à necessidade de tutela de *bens constitucionalmente essenciais*, porquanto, se assim não fosse, bastaria que o agente infrator optasse por violar bens hierarquicamente inferiores à liberdade para ver franqueada em seu favor uma condução delituosa.³² No entanto, deve-se ressaltar o ensinamento de Bricola³³, que afirma que a “sanção penal pode ser adotada somente em presença da violação de bem, o qual, senão de igual grau relativamente ao valor (liberdade pessoal) sacrificado, seja ao menos dotado de relevância constitucional”.

É verdade que todo ser humano no gozo de suas faculdades mentais possui como valores fundamentais a liberdade, a auto-determinação e a responsabilidade, de modo que, em último nível, se ele não for responsável na condução da sua liberdade,

³⁰ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, op. cit., p. 167.

³¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 47.

³² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 48.

³³ BRICOLA apud FIANDACA, Giovanni. *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 48.

acabará tendo esta negada, justamente em detrimento de quem sofre os efeitos da liberdade indevidamente utilizada pelo infrator. Não fora isso, a liberdade transcende o valor constitucional, constituindo, a um só tempo, um valor e também um princípio e, enquanto princípio constitucional, não obstante, não se traduz como princípio absoluto como, aliás, qualquer outro.

2. OS CRIMES DE PERIGO

Os crimes de perigo, como será estudado adiante, são aqueles que expõem a perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal, ou seja, cujo preceito de não turbação ao bem jurídico tenha por consequência uma pena.³⁴

Para Luzón Pena, os delitos de perigo consumam-se sem necessidade de lesão, com o simples perigo – insegurança e probabilidade de lesão – do bem jurídico, supondo portanto um adiantamento das barreiras de proteção a uma fase anterior à da lesão; normalmente procedem da expressa tipificação de um conduta imprudente (de qualquer classe ou somente por imprudência consciente), sem necessidade de que se chegue à lesão e com ela à consumação do delito imprudente, e supõem portanto uma exceção à regra geral da impunidade das formas de imperfeita execução na imprudência.³⁵

Crime de perigo é, pois, aquele que, sem destruir ou diminuir o bem jurídico tutelado pelo direito penal, representa uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos valores tutelados, haja vista a relevante probabilidade de dano a estes interesses.

Nas palavras de Rogério Greco, os

“crimes de perigo, que podem ser subdivididos em perigo abstrato e perigo concreto, constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado. Assim, podemos dizer que, punindo-se um comportamento entendido como perigoso, procura-se evitar a ocorrência do dano”.³⁶

³⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 50.

³⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal, Parte general I*. In: CALLEGARI, André Luís. *Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato – Algumas considerações sobre a contravenção prevista no artigo 34*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, v. 748, p. 504-508, fev. 1998, p. 505.

³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 196.

Segundo a doutrina majoritária, nesse tipo de delito o agente deverá agir com dolo, pois que não existe a ressalva exigida ao reconhecimento do comportamento culposos, conforme determina o parágrafo único do art. 18 do Código Penal.

2.1. O CONCEITO DE PERIGO

Há autores que entendem o perigo como sendo sempre uma abstração, o que torna imprópria a diferenciação entre perigo concreto e perigo abstrato. No entanto, para outros autores, o perigo é sempre concreto, por tratar-se de “uma probabilidade de um evento concreto”³⁷.

Diferentemente entende Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem “todos os perigos são ‘concretos’ e todos os perigos são abstratos, segundo o ponto de vista que se adote: *ex ante* são todos concretos, *ex post* são todos abstratos”.³⁸ Pelo que se observa, a diversidade de compreensão da noção de perigo, sob esse primeiro aspecto, ou seja, de saber se é concreto ou abstrato, não sinaliza para um possível entendimento pacífico.

É de se observar que o direito extrai, ou seja, recorta da realidade as situações de perigo e as traz, em função da sua relevância, para o mundo jurídico, ou seja, por basear-se na realidade, o direito não inventa situações de perigo, mas seleciona-as mediante determinados critérios baseados na experiência.³⁹

É claro que o perigo existe, independentemente da forma como tratado. Contudo, certos riscos são relevantes para o direito, outros não. Dessa forma, abstraindo as considerações metajurídicas, será perigoso (para o mundo jurídico) o que a lei assim considerar, o que demonstra o caráter normativo do conceito de perigo, ainda que não se negue o ontológico.⁴⁰

A doutrina indica três teorias que tratam do conceito de perigo: a subjetiva, que tem como expoentes Janka, Von Buri e Finger; a objetiva, que tem em Hälschner, Merkel, Von Kries, Binding, Von Liszt, Florian, Jannitti di Guyanga, Maggiore,

³⁷ ANTOLISEI, Francesco. *L'azione e l'evento nel reato*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 50.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, Parte general*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 52.

³⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 52.

⁴⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 52.

Carnelutti, Ranieri e Madureira de Pinho seus seguidores; e a intermediária, defendida por Oppenheim.

Para a teoria denominada subjetiva, o perigo, objetivamente, não existe, ele é mero fruto da imaginação, decorrente da falha do nosso conhecimento, mera hipótese, uma representação mental oriunda do temor e da ignorância do homem, uma sensação que, sendo mero objeto do imaginário, não existe concretamente.⁴¹

Já a teoria objetiva prega que não é o perigo mero ente da imaginação, mas um ente real e objetivo, constituindo parte da realidade.

Por fim, a posição intermediária concilia as duas concepções anteriores, defendendo que o perigo é ao mesmo tempo objetivo e subjetivo, ou seja, existe como realidade, e precisamente por isso é perceptível, revelando-se aí o aspecto subjetivo.⁴²

Miguel Reale Júnior, baseando-se na obra de Rocco, define o perigo como sendo “a aptidão, a idoneidade de um fenômeno de ser causa de dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse”.⁴³

Avançando o debate, a doutrina procurou lançar os contornos da questão da configuração do perigo indagando se seria necessária somente a possibilidade de dano ou se haveria necessidade da presença de uma probabilidade, prevalecendo a corrente que sustenta ser necessária a probabilidade, contentando-se a corrente minoritária com a mera possibilidade.

A probabilidade situa-se em um nível mais intenso em confrontação com a possibilidade, configurando uma situação de real potencialidade para a ocorrência do evento, excluindo a eventualidade. Abrange o provável, enquanto a mera possibilidade admite também o improvável.

2.2. DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO DE PERIGO E DOLO DE DANO

⁴¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 53.

⁴² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 54.

⁴³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Filosofia do direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 56.

O dolo de perigo não se confunde com o dolo de dano, tampouco com culpa consciente, assumindo um conceito autônomo. Mas existem autores, dentre eles pode-se citar Basileu Garcia e David Baigún, que vêem no dolo de perigo um dolo eventual de dano.

Para que se configure o dolo de perigo, o agente deve estar ciente de sua conduta, do resultado potencialmente lesivo, ou seja, da exposição de perigo ao bem penalmente tutelado e do liame de causalidade entre aquela e este. Deve, pois, ter conhecimento da possibilidade do implemento do dano, sem que este seja perseguido ou mesmo admitido por ele. O agente labora exclusivamente em busca de impor à vítima uma situação de perigo.⁴⁴

Para alguns autores, o dolo de perigo será forçosamente dolo necessário, haja vista o perigo “constituir” consequência inevitável da conduta. O agente prevê, aceita e atua em favor do implemento do perigo, mas sem desejar o dano, contudo não deixa de agir, ou seja, basta que o agente tenha consciência do perigo e não se abstenha de sua conduta, sabendo ser impossível levá-la a efeito sem impor o perigo. O agente não quer o dano, sabe-o possível sem aceitá-lo, mas não se demove de sua ação, agindo, assim, em prol do perigo.

Tendo em vista a precisão necessária do dano, mas não a sua aceitação, é que se fala em dolo de perigo como sendo necessário e, não em crime de perigo, necessariamente perpetrado com dolo de perigo, pois há crimes de perigo que podem ser praticados com dolo de dano.

No entanto, existem incriminações que, pela forma como tipificadas, só podem ser informadas pelo dolo de perigo, como, por exemplo, o perigo de contágio venéreo na forma simples (art. 130, *caput*, do CP).⁴⁵

Em suma, o crime de perigo somente exige o dolo de perigo quando for assim construído, ou seja, sob o reclamo do modelo legal, mas quando essa situação subjetiva ocorre é porque é inseparável do fato, por isso o dolo de perigo é necessário.

⁴⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 61.

⁴⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 64.

Não é o crime de perigo que necessariamente deve consumir-se com o dolo de perigo do agente, mas, caso presente este, é porque se faz necessário, imprescindível ao fato.⁴⁶

É importante que se diga a semelhança entre o dolo de perigo e a culpa consciente. Na lição de Rui Carlos Pereira:

“o dolo de perigo implica sempre a existência de negligência consciente do dano. Porém, não se pode identificar com ela, por haver situações de negligência consciente que não documentam a sua própria existência (em que haja um juízo de reflexão negativo ou em que a previsão seja imediatamente desalojada da consciência)”.⁴⁷

O dolo, ademais, abrange todos os elementos do tipo, quais sejam: conduta, resultado de periclitação ao bem jurídico e nexo causal, além do desejo de expor o bem jurídico ao perigo. De outro lado, o que caracteriza a culpa consciente como criminosa é o resultado, bastando a consciência deste e não o seu implemento. No crime com culpa consciente de perigo, o agente não admite sequer esse resultado.

Além dessa diferenciação, por conta do dolo de perigo, é importante diferenciar o crime de perigo do crime tentado, haja vista que eles são objetivamente idênticos, pois em ambos não é atingido um resultado danoso ao bem jurídico tutelado pela norma.

Entretanto, há uma distinção subjetiva entre eles, porquanto na tentativa o dolo é de dano (consumando), o agente busca o dano, ele o deseja, ao passo que no crime de perigo muitas vezes o agente não admite o dano, mas prevê e aceita o perigo, com exceção daquelas hipóteses em que o legislador constrói o tipo de perigo cujo elemento subjetivo seja o dolo de dano.⁴⁸

2.4. SUBSIDIARIEDADE DOS CRIMES DE PERIGO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE DANO

Parte da doutrina entende que os crimes de perigo são subsidiários em relação aos crimes de dano, pois, como muito bem pontua Walter Coelho⁴⁹ “diante da relevância do bem jurídico tutelado, estende o Direito Penal a sua proteção desde a remota

⁴⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 65.

⁴⁷ PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 65.

⁴⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 67.

⁴⁹ COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime, Volume I*. In: ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006, p. 12.

e potencial situação perigosa (contravenção), passando pelo perigo iminente ou próximo (crime de perigo), até a efetiva lesão do interesse a ser resguardado”.

Para Diego Romero, com

“esta medida pretende a lei penais proteger o bem ou interesse jurídico que entende relevante para determinado grupo social, circunscrevendo todo seu âmbito com a proteção do Estado, presecuendo crimes de perigo somente nos casos em que o bem jurídico necessita eminentemente de proteção. Esta questão da subsidiariedade fica clara quando enfocamos os crimes contra a vida, nos quais temos proteções desde o âmbito do mínimo perigo, conforme o art. 10 da Lei 9.437/97 (atirar com arma de fogo para o alto), passando para o artigo 132 (expor a vida a perigo), depois para o art. 129 (lesão corporal) e culminando na lesão máxima prevista no artigo 121 (homicídio), todos do Código Penal”.⁵⁰

2.5. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO

Ao se fazer uma comparação entre a legislação pátria e o direito norte americano, pode-se notar que este se encontra muito mais avançado do que aquela, que ainda está desenvolvendo a sua base. No direito norte-americano existe uma regulamentação muito mais ampla e abrangente, tendo inclusive precedentes jurisprudenciais sobre o tema, sendo que o mesmo não ocorre no Brasil, que sequer tem leis publicadas que tratem da questão.

2.4.1-Crimes de perigo concreto

Os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela necessidade de comprovação real da existência da criação da situação de perigo ao objeto protegido pela norma.⁵¹

O fundamento da punição dos crimes de perigo concreto encontra-se no fato de “o legislador querer, sem dúvida, proteger determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o pôr em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal”, como acentua Jose Francisco de Faria Costa.⁵²

Diego Romero entende que

⁵⁰ ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006, p. 13.

⁵¹ FERRAZ, Denise Nóbrega, op. cit., p. 41.

⁵² COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. In: ROMERO, Diego, op. cit., p. 53.

“tais delitos são de resultado como os delitos de lesão, mas sua verificação importa em critérios de imputação divergentes, pois em vez de apresentarem um resultado lesivo de dano, apresentam um resultado de criação de perigo de resultado de dano, de assunção de risco de lesão não permitido pela norma”.⁵³

Em princípio, Angioni parte da premissa de que o juízo acerca dos crimes de perigo deve passar por três avaliações: a do momento da conduta típica, a do momento do resultado de perigo e a do momento do processo penal, de modo que quando a análise é feita antes do processo penal, fala-se numa perspectiva *ex ante*, enquanto a verificação, no curso do processo penal, deve ser tanto *ex ante* quanto *ex post*.⁵⁴

Nos crimes de perigo concreto, a realização do tipo pressupõe efetiva produção de perigo para o objeto da ação, de modo que a ausência de lesão para o objeto atual da tutela penal pareça meramente obra do acaso. Juarez Cirino dos Santos aduz que “segundo a moderna teoria normativa do resultado de Schünemann, o perigo concreto se caracteriza pela ausência causal do resultado, e a causalidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar”.⁵⁵

Na lição de Diego Romero,

“para a caracterização dos crimes de perigo concreto faz-se necessário a coexistência de no mínimo três situações, a saber: *primeiramente*, é fundamental existir um objeto tutelado que entre no âmbito de conhecimento e volição daquele que pratica determinada ação que acaba expondo tal objeto a perigo de dano; em *segundo lugar*, esta ação realizada deve criar real e individual perigo de dano ao objeto da ação; e em *terceiro lugar*, do ponto de vista do bem jurídico, esta exposição concreta a perigo traduz-se em uma situação em que, apresenta-se provável a causação de uma lesão, que não pode ser evitada de forma alguma”.⁵⁶

Miguel Reale Júnior leciona que os “comportamentos são sempre fundados em um valor ou presos a um desvalor, de modo que a norma se dirige, não à exteriorização da ação, mas ao comportamento no seu todo”.⁵⁷

O fato indicativo do comportamento desvalioso ou não do agente será o fato que deve ter por referência o bem jurídico.

⁵³ ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006, p. 53.

⁵⁴ ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale – La struttura oggettiva*. In: FERRAZ, Denise Nóbrega, op. cit., p. 41.

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 40.

⁵⁶ ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006, p. 54.

⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 25.

Em síntese, os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela exigência de constatar-se o perigo caso a caso e têm, em regra, o perigo indicado no tipo. Em determinados casos, ainda que o perigo não esteja indicado no tipo expressamente e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste arranhada, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto.⁵⁸

2.4.2-Crimes de perigo abstrato ou presumido

Os crimes de perigo abstrato ou presumido são aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure*. Eles prescindem da comprovação da existência da situação em que se colocou em perigo o bem jurídico protegido.

Para a sua configuração não se exige a comprovação do perigo real, pois este é presumido pela norma. Basta “a perigosidade da conduta, que é inerente à ação”⁵⁹. Para que haja a punição não é necessário que a conduta praticada pelo agente seja apta a causar nenhum dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico-penal.

Na técnica de tipificação dos delitos de perigo abstrato, deve-se atender a uma necessidade decorrente da natureza das coisas, ou seja, as figuras delituosas tipificadas como de perigo abstrato devem atender ao reclamo de tutela baseado na lesividade que a ação encerra, em razão da inerência do perigo que guarda em si.⁶⁰

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini,

“a expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco. A configuração da sociedade contemporânea, o surgimento dos novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos”.⁶¹

⁵⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 71.

⁵⁹ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. In: FERRAZ, Denise Nóbrega, op. cit., p. 43.

⁶⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 73.

⁶¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 61, p. 44-121, julho-agosto 2006, p. 66.

Uma das razões que justificam a proliferação dos crimes de perigo abstrato é o alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos, que são oriundos dos resultados desencadeados pela utilização de novas tecnologias, que afetam, ou têm o potencial de afetar um volume crescente de bens jurídicos.

Sob esse ponto de vista, o que importa é evitar o resultado ou controlar as condutas, e não reprimir os resultados, que trariam um prejuízo enorme para a coletividade.

Pierpaolo Cruz Bottini aduz que

“não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito. Para isso, o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas, e a extensão da ameaça, levam o legislador a optar pela norma de prevenção, através de descrições típicas que não reconheçam o resultado objetivo como elemento integrante do injusto, ou seja, através dos tipos penais de perigo abstrato”.⁶²

Nota-se que os crimes de perigo abstrato não buscam responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, como forma de vingança institucionalizada pela lesão do objeto protegido pela lei, como era no Direito Penal Clássico, mas evitá-la, barrá-la, protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real, concreto, efetivo de dano. Ao se utilizar dessa modalidade delitiva, o Direito Penal atual busca proporcionar a sensação de segurança à sociedade.

Gunther Jakobs⁶³, com base nessa visão, ensina que as condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são aquelas que perturbam não somente a ordem pública, mas lesionam um direito à segurança. Prossegue Jakobs doutrinando que

“o legislador costuma concretizar centralmente os postulados normativos, e o faz de tal modo que ele mesmo descreve – também sem mencionar de modo algum o resultado desejado da ação – a configuração dos comportamentos contrários à norma e com isso, o que vai se produzir descentralizadamente fica reduzido à simples de em que caso se dá tal configuração de comportamento. Assim, a lei proíbe coisas muito diferentes, desde o falso testemunho até a condução de veículo sob a influência de bebidas alcoólicas, e o faz também quando o indivíduo não vê resultado perigoso de seu comportamento, e quiçá, tampouco poderia vê-lo: nesses crimes de perigo abstrato, o tipo de comportamento se define como não permitido

⁶²BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 67.

⁶³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoal: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 27.

por si mesmo, é dizer, centralizadamente, sem atender a especialidades não centrais”.

Outro fenômeno do direito penal do risco que contribui para a aparição significativa dos delitos de perigo abstrato é a proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos.

Por outro lado, da mesma forma que o legislador utiliza os delitos de perigo abstrato para restringir os riscos em atividades de alto potencial lesivo, em situações em que a relação de causalidade é de difícil comprovação, ou para proteger bens de índole coletiva, também se verifica a construção destes tipos penais para o enfrentamento de outro fenômeno da sociedade atual: os novos contextos de risco interacional.⁶⁴

Para Pierpaolo Cruz Bottini, é fácil de entender

“o porquê da massificação dos delitos de perigo abstrato no direito penal do risco. Os novos âmbitos de periculosidade, com suas características inéditas, direcionam a atividade legislativa ao emprego desta técnica de tipificação, daí sua presença representativa nos diplomas legais contemporâneos. O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do direito penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade”.⁶⁵

Nesse tipo de delito, o legislador busca facilitar as vias para a punição criminal, pois há renúncia da prova do dano e do nexa causal entre a conduta e o resultado, já que este é presumido, na busca de uma efetiva repressão ao crime.⁶⁶

2.4.3-Crimes de perigo abstrato com presunção *juris tantum*

As três últimas classificações dos crimes de perigo aqui tratadas não são tratadas por toda a doutrina, que se atém simplesmente aos crimes de perigo concreto e aos crimes de perigo abstrato, tendo sido extraídas da obra de Ângelo Roberto Ilha da Silva, por serem relevantes para fins didáticos.

Pondera-se que os crimes de perigo abstrato, às vezes, devem gozar de presunção *juris tantum* no que tange à vulneração do bem jurídico, porque casos há em

⁶⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 68.

⁶⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 69.

⁶⁶ ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006, p. 57.

que o bem tutelado não se mostra concretamente ameaçado, o que teria como efeito a descaracterização do delito.⁶⁷

Para parte da doutrina, como Rabl, Schröder, U. Weber, Patalano, Beristain, nos crimes de perigo presumido as condutas genericamente perigosas admitiriam prova em contrário no caso concreto.

Patalano faz a sua crítica com base no princípio da igualdade tratado no art. 3º da Constituição italiana, entendendo que este restaria violado em razão do fato de se tratarem igualmente situações diversas em que umas se apresentam “seguramente ofensivas” a um bem jurídico e outras se apresentem sem possibilidade de ofensa, no caso concreto. Segundo o autor, tal tratamento, além de afrontar o princípio da igualdade, seria destituído de razoabilidade.⁶⁸

No outro extremo está Zaffaroni, que entende que a infração penal jamais poderá assumir presunção absoluta do perigo nas hipóteses do delito em questão, afirmando que “podemos admitir com respeito ao perigo ‘abstrato’ é que são tipos em que opera uma presunção *juris tantum* do perigo”.⁶⁹

Já para Kindhäuser, a possibilidade de contraprova nos delitos de perigo abstrato no caso concreto seria incorrer em uma inversão ilegítima do ônus da prova e uma contradição ao princípio *in dubio pro reo*.⁷⁰

João Mestieri defende uma posição intermediária, pregando que existem crimes de perigo abstrato, uns como presunção absoluta, outros com presunção relativa da ocorrência do perigo. Como exemplo dos primeiros ele cita a rixa (art. 137 do CP), e dos últimos o abandono de incapaz (art. 133 do CP) e os maus-tratos (art. 136 do CP).⁷¹

Ângelo Roberto Ilha da Silva defende que tratando-se

“de crime de perigo abstrato, em que o perigo é (deve ser) ínsito na conduta, hipótese verdadeiramente possível de presunção relativa ocorre quando o legislador, de forma equivocada, empreende uma tipificação sem atender ao bom senso e à natureza da ação criando um modelo de perigo abstrato de forma artificial, ou seja, em situações nas quais o perigo não é, no plano da realidade, inerente à conduta. Noutras palavras, o delito se ajustaria a um modelo de perigo concreto em que o

⁶⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 75.

⁶⁸ PATALANO, Vincenzo. *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 75.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, Parte general*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 75.

⁷⁰ KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 75.

⁷¹ MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 76.

perigo poderá ocorrer ao desencadear a conduta, mas não necessariamente ocorre, e o exemplo mais esclarecedor é o do avanço do semáforo vermelho”.⁷²

No entanto, como regra, os delitos de perigo abstrato devem manter a presunção absoluta, pressupondo que esteja adequadamente tipificados.

Concluindo, haverá espaço para os tipos de perigo abstrato com presunção relativa, principalmente no caso de o legislador ter sido infeliz na técnica de tipificação, optando pelo modelo abstrato de forma inadequada ou desnecessária, o que não ocorrerá quando a experiência estiver a demonstrar a inerência insuperável do perigo à conduta.

2.4.4-Crimes de perigo abstrato-concreto

Leciona Ângelo Roberto Ilha da Silva que existem autores

“que superam a clássica divisão bipartida dos crimes de perigo concreto, admitindo o *tertium genus* crime de perigo abstrato-concreto. A partir do final da década de sessenta é que se passou a falar em tais delitos, os quais configurariam uma categoria intermediária entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto”.⁷³

Ensina Angioni⁷⁴ que tais crimes são apresentados por Schröder de duas formas. Na primeira, o legislador delimita o campo de investigação do juiz a certos elementos dados pela lei e que se prestam a provocar perigo, ou seja, a lei diz que o fato é abstratamente perigoso, mas apresenta elementos que o juiz deve ter em conta concretamente. O segundo tipo compreende os casos em que “a lei leva a elemento do tipo a idoneidade de uma coisa ou de uma ação a ocasionar determinados eventos, sem esclarecer contra qual bem jurídico e contra quais objetos (materiais) se deve dirigir no caso concreto o perigo (ou fato perigoso)”.⁷⁵

Entre os autores brasileiros, Luiz Flávio Gomes utiliza a expressão “perigo concreto indeterminado”, e dá a sua versão:

“Consoante a doutrina alemã, o perigo abstrato no sentido de que não exige a apresentação de uma vítima concreta do perigo; seria ao mesmo tempo concreto, no sentido de que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual (vida, integridade física, patrimônio, etc.)”.⁷⁶

⁷² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 77/78.

⁷³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 79.

⁷⁴ ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto como elemento della fattispecie penale*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 79.

⁷⁵ ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto como elemento della fattispecie penale*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 80.

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e de processo penal*. São Paulo: RT, 1998, p. 79.

Faria Costa apresenta um conceito diferente dos já estudados dos delitos de perigo abstrato-concreto, que, na sua visão, seriam aqueles “em que a prova da inexistência do perigo determina o não preenchimento do tipo”.⁷⁷ Na referida situação, para outros autores, o que estaria configurado seriam os crimes de perigo abstrato ou presumido com presunção relativa.

2.4.5-Crimes de perigo comum e de perigo individual

Duas categorias de suma importância, pois consagradas invariavelmente nos diplomas penais, são a dos crimes de perigo comum e a dos crimes de perigo individual.

O crime de perigo comum ou coletivo é aquele que tem por referência pessoas indeterminadas ou um indefinido número de pessoas e que constituem as infrações penais do Capítulo I do Título VIII da Parte Especial do Código Penal brasileiro, ou seja, o capítulo primeiro do título “Dos crimes contra a incolumidade pública”.⁷⁸

Já os crimes de perigo individual são aqueles que afetam um indivíduo certo ou determinando bem, ou, ainda, um reduzido e determinado número de pessoas. Constituem o Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal, intitulado “Da periclitación da vida e da saúde”.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A sociedade se modificou e se modifica constantemente, trazendo para dentro da vida social, modelos que nem sempre o direito consegue acompanhar. Com o avanço social, novas figuras penais aparecem, assim como aumenta a periculosidade, a violência, que são figuras presentes, hoje, na vida em sociedade, em virtude do sistema capitalista, das novas interações sociais, das novas tecnologias.

A partir daí, surgiu para o direito a tarefa de zelar para que a harmonia se faça sempre presente na coletividade, de modo que sejam sempre respeitados, de forma contundente e efetiva, não só os direitos coletivos, mas também os individuais.

⁷⁷ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. In: ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto como elemento della fattispecie penale*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 80.

⁷⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 81.

Foi justamente sob esse novo panorama social que foram criados, como já estudados, os crimes de perigo, principalmente os de perigo abstrato, para que haja uma efetiva tutela dos bens jurídicos penalmente protegidos, do espaço do próximo, da sua integridade, da sua liberdade.

No entanto, até que ponto esses delitos efetivamente trazem essa proteção que pregam? Até que ponto essa “pseudo-proteção”, se pode-se assim dizer, é tão eficiente a ponto de justificar um certo desrespeito a princípios constitucionais fundamentais do indivíduo, da lei?

É justamente essa análise que faremos agora neste capítulo.

3.1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS

Os princípios constitucionais penais, explícitos e implícitos na Constituição, traçam a política criminal do nosso Estado Democrático de Direito. Eles são o alicerce do Direito Penal, são os limites positivos e negativos do direito penal punitivo.

Os princípios exercem dupla função: guiam a atividade do legislador, no momento de criar a norma incriminadora, e guiam a atividade dos operadores na aplicação do direito. O poder legislativo está vinculado aos princípios constitucionais na criação da norma incriminadora, assim como o poder judiciário está vinculado aos princípios constitucionais na aplicação da norma incriminadora.

Os princípios constitucionais penais não são princípios programáticos, eles são normativos, eles têm eficácia imediata, concreta para reger as relações.

São os princípios constitucionais penais que dão suporte a uma teoria constitucionalista do delito. São eles que vão guiar a nossa atividade, a nossa política criminal, que vai nos permitir afastar do dogmatismo puro de alguns finalistas, permitindo a mitigação do finalismo, com as idéias da política criminal do funcionalismo.

Vamos analisar, para posterior confrontação com os crimes de perigo abstrato, os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da lesividade (ou ofensividade), da presunção de inocência e da culpabilidade.

3.1.1-Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surge com Estado moderno, no Estado Liberal, por influência das obras de Beccaria, de Feuerbach.

No Direito Romano e na Carta de D. João Sem Terra, não tinha a legalidade com os contornos atuais, para homens livres. A atual legalidade surgiu no século XVIII, após as Revoluções Burguesas. A legalidade para todos iguais perante a lei, só surgiu com a Revolução Francesa, principalmente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 8º, de 1789, embora, segundo a doutrina, nós já tivéssemos expressão do princípio da legalidade no Código Austríaco de 1787. Mas ele é mais conhecido, como exigência de lei para tratar de crime, anterior ao fato, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Ele veda a tipologia aberta, indeterminada, pois a tipologia aberta permite que o legislador faça uma ampliação da norma punitiva. No entanto, no Código Penal brasileiro encontram-se muitas normas de tipologia aberta, como nos delitos culposos, como no art. 13, § 2º, *a, b, c*, do CP.

O princípio da legalidade veda, ainda, a criação de tipos por costumes, por medida provisória, por decreto, por portaria, por resolução, por regulamento.

Este princípio visa controlar o poder punitivo do Estado, mais precisamente, segundo Muñoz Conde e Mercedes Garcia, citados por Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado, busca confinar sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.⁷⁹

Os dois citados doutrinadores ainda chamam a atenção para algo muito pertinente ao nosso tema: “A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida”.

O princípio da legalidade está estritamente ligado com o princípio da reserva legal, que, por sua vez, determina que só lei (ordinária) pode criar crime (competência exclusiva da união). Lei complementar não pode criar crime, mas, ao tratar de outras matérias, ela pode criar tipos. Tratado ratificado também pode trazer tipo penal (o problema do tratado é a tipologia aberta).

Na visão do princípio da legalidade, o tipo penal é um tipo garantia, pois o cidadão só pode ser punido se houver um tipo previsto e respectiva pena, não há crime

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis. *Princípios Fundamentais do Direito Penal*. São Paulo: RT, RBSCCRIM, jul./set. 1996, p. 81/88.

sem tipo; e um tipo constitutivo, pois, só através do tipo que pode haver a previsão de um crime.

3.1.2-Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima subdivide-se em subsidiariedade e insignificância.

O Supremo Tribunal Federal, no RHC n. 89.624/RS, reconheceu a sua aplicação, conforme se extrai da seguinte ementa:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL MILITAR. 1. Os bens subtraídos pelo Paciente não resultaram em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Recorrente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 2. Recurso provido. (RHC 89.624/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 07/12/2006)

Pela subsidiariedade, o Direito Penal somente será utilizado quando os demais ramos do direito não puderem solucionar o problema. O Direito Penal é a *ultima ratio*.

A fragmentariedade significa que, ao Direito Penal, só interessa punir as ações mais graves, praticadas contra os bens jurídicos mais importantes.

A intervenção mínima serve como complemento da legalidade, por esta não impedir que sejam aplicadas sanções penais graves para bens jurídicos cuja relevância não as justifiquem.

Segundo este princípio, o Direito Penal só deve ser aplicado quando as sanções dos outros ramos do direito se mostrarem insuficientes para tutelar determinado bem jurídico, momento no qual poderá ser utilizada a tutela penal.⁸⁰

3.1.3-Princípio da lesividade, da ofensividade ou da materializaçãodo fato

⁸⁰BORBA, Maurício. *A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

A ofensividade exige que a conduta criminosa atinja o bem jurídico com perigo concreto ou com lesão concreta, logo, ela nega a existência dos crimes de perigo abstrato; a lesividade prega que só poderá existir crime quando a conduta ofender um bem jurídico de terceiro, o que significa dizer que não haverá crime pelo mero pensamento ou pela auto-lesão. Nilo Batista e Paulo Queiroz, ao tratarem desse tema, defendem que a punição do crime de uso de drogas, na lei de drogas anterior, fere o princípio da lesividade. O STF e o STJ não entendem desta forma, porquanto, para eles o crime de uso de drogas não é auto-lesão, mas crime contra a saúde pública.

Pela materialização do fato, entende-se que não se pode punir o pensamento, pois isso seria direito penal do autor.

Em suma, pelo princípio da lesividade não há crime sem a ofensa a um bem jurídico, seja por meio da criação de um dano, seja pela criação de uma probabilidade de dano, só podendo ser punida, assim, a conduta que resulte danosa a um bem jurídico penalmente tutelado ou que represente um perigo provável de dano a este bem.⁸¹

3.1.4-Princípio da presunção de inocência

Pelo princípio da presunção de inocência, ninguém pode ser considerado culpado até que efetivamente se comprove a sua culpa. O Estado tem que comprovar a culpabilidade do indivíduo que, em princípio, é considerado inocente, sendo que esta presunção é relativa, sendo afastada caso se comprove que o acusado é realmente responsável pelo delito que lhe foi reputado.

A presunção da responsabilidade penal do agente, que tem como consequência o afastamento de sua inocência, deve se dar de acordo com o devido processo legal, sendo-lhe garantido o contraditório e a ampla defesa. Sendo assim, o acusado será cercado de garantias para que não sofre medidas repressivas sem que seja caracterizada a sua culpabilidade.⁸²

⁸¹ BORBA, Maurício. *A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

⁸² BORBA, Maurício. *A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

3.1.5-Princípio da culpabilidade

Este princípio é a base da imputação penal e reza que não pode haver crime sem culpabilidade. Ele afasta a responsabilidade objetiva, defendendo que não agindo com dolo ou culpa, ninguém responde por um resultado imprevisível.

A culpabilidade diz respeito a reprovabilidade social da conduta injusta, não bastando, portanto, que a figura seja típica e antijurídica, sendo necessário também que seja considerada culpável, ou melhor, reprovável socialmente.

A culpabilidade também serve de limite para a aplicação da pena, pois o indivíduo vai responder pela conduta injusta e culpável na medida de sua culpabilidade.

3.2. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A partir da tendência de expansão do direito penal, com afronta ao conceito básico de crime, surgiram as cominações de penas para delitos de mero perigo abstrato. Alguns doutrinadores defendem que a incriminação dessas condutas, destituídas de perigo concreto, demonstra-se abusiva, pois, juntamente com o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, a Carta Magna dispõe que a exigência de submissão de fatos ao exame judicial se faça relativamente a uma lesão efetiva a um bem, ou a uma ameaça de direito.⁸³

Os crimes de perigo abstrato presumem, de forma absoluta, a criação do perigo pelo autor da conduta prevista no tipo respectivo. Isto quer dizer que o agente é punido pela mera desobediência da letra da lei, sem que se comprove a existência de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado, ou seja, de qualquer resultado jurídico/normativo. A presunção legal de perigo e a tipificação elaborada vagamente, põem em dúvidas quanto a sua constitucionalidade, assim como a dos crimes de perigo abstrato. Esta presunção vai de encontro a diversos princípios constitucionais penais, além de desrespeitar a estrutura básica do tipo e de ser expressão de uma técnica legislativa reprovável, ainda mais quando suprimem garantias fundamentais do indivíduo.⁸⁴

⁸³ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *Crimes de Perigo Abstrato*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 23, p. 8-14, abril-maio 2008, p. 13.

⁸⁴ BORBA, Maurício. *A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

Para Maurício Borba, tutelam-se,

“por meio dos crimes de perigo presumido, bens jurídicos que poderia ser protegidos com muito mais eficácia através de outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Civil. O Direito penal mostra-se inadequado e lento para oferecer uma proteção adequada a estes bens e, por outro lado, não pode ser utilizado como mera função simbólica, satisfazendo os anseios da sociedade pela tutela de bens jurídicos recém criados ou recém valorados. Incompatível, portanto, com o princípio da intervenção mínima”.⁸⁵

O bem jurídico deverá ter sempre como referência a Constituição Federal, porque um direito penal que pretende atuar em desrespeito aos preceitos constitucionais, é algo, evidentemente, inaceitável.

Os bens jurídicos tutelados, pois, devem guardar dignidade penal e só o são, por assim dizer, bens jurídico-penais os bens jurídicos constitucionalmente relevantes.

A essa linha de entendimento é contra Faria Costa, para quem a Constituição não seria fonte exaustiva de bens jurídicos, tendo, assim, caráter fragmentário, não se devendo pretender dela deduzir todos os bens jurídicos.⁸⁶

Ângelo Roberto Ilha da Silva defende que

“os bens jurídico-penais deverão estar pressupostos na Constituição, quando expressamente consagrados (de forma positiva e impositiva), ou dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica, ou seja, excluindo-se as vedações impostas a certas incriminações, explícitas ou implícitas, e averiguando-se se a tutela de determinado bem não se põe em conflito com os valores que a Carta Política visa a afirmar e resguardar, ou melhor, contribui-se para uma implementação efetiva dos valores constitucionais”.⁸⁷

Continua Silva dizendo que

“há que se averiguar se o bem que se pretende tutelar consiste em meio necessário à tutela de bens fundamentais manifestos do ponto de vista da Constituição. Assim, v.g., em casos como os das Constituições alemã e italiana, que, em decorrência do momento histórico em que foram promulgadas, não consagram o meio ambiente como valor constitucional, é de se fazer uma interpretação teleológica no sentido de que o ambiente constitui *conditio sine qua non* para a observância humana, e coloca-se como meio necessário à tutela da vida humana, como valor patrimonial”.

É de se notar que existem imposições de criminalização para a consecução da resguarda de certos bens e que nem todo bem constitucionalmente valioso e consagrado requer uma tutela penal. Sendo assim, somente nos casos expressos consagrados pela

⁸⁵ BORBA, Maurício. *A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

⁸⁶ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. In: ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto como elemento della fattispecie penale*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 88.

⁸⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 88.

Constituição é que deverá, de forma obrigatória, o legislador infraconstitucional tipificar condutas sob a ameaça da pena criminal, não sendo possível deduzir mandamentos criminalizadores implícitos.

Por outro lado, a conduta do homem é fenômeno ocorrente no plano da experiência, não podendo jamais ser presumida ou imaginada, mas sim verificada.⁸⁸

Para parte da doutrina, é claro que do emprego dos tipos penais de perigo abstrato resulta ofensa ao enunciado de Direito Penal clássico, *nullum crimen sine injuria*, e, por conseguinte, inobservância ao princípio constitucional da ofensividade, pois não há crime sem resultado.⁸⁹

Para Faria Costa, levando-se em consideração o princípio da ofensividade, é de se considerar somente a possibilidade de se criminalizar situações concretas de exposição objetiva a perigo. Relata o doutrinador que

“de fora fica, em verdadeiro rigor, todo o reino de legitimidade da punição de condutas cujo traço essencial não está no facto de o perigo se ter concretamente desencadeado como mera motivação para o legislador punir tal conduta. Ao sancionar-se penalmente um comportamento dentro destes parâmetros de valoração somos confrontados com a inexistência de uma qualquer ofensividade relativamente a um concreto bem jurídico”.⁹⁰

Em contrapartida, é importante destacar que os crimes de perigo abstrato violam também os princípios da presunção de inocência, pois não se pode presumir a culpabilidade de alguém sem a necessária comprovação, por meio do devido processo legal, assim como violam também o princípio da igualdade, pelo simples fato de o cidadão ter menos acesso à busca de meios absolutórios para conduta abstratamente considerada criminosa; e da legalidade, porque não contém em seus tipos a devida descrição da conduta a ser punida, sendo a conduta prevista de maneira incompleta, por não exigir um resultado normativo.

Para os que defendem a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, é impossível que se conceba a existência de sanção penal sem a lesão ou ameaça de lesão (perigo) a um bem jurídico, o que, claramente, ofende, também, à proporcionalidade.

⁸⁸ ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006, p. 58.

⁸⁹ ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006, p. 58.

⁹⁰ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. In: ROMERO, Diego, ob. cit., p. 58.

A punição nos crimes de perigo abstrato é questionada devido à ausência do elemento perigo no tipo penal. Advirá apenas pela idoneidade do comportamento para a efetivação de uma lesão a um bem jurídico. Assim, para a existência do dolo, basta que o agente conheça os elementos típicos do delito, sem que seja necessário que saiba de sua efetiva lesividade.

De acordo com Diego Romero, há quem entenda ainda que

“a excessiva tipificação dos crimes de perigo abstrato, em flagrante contradição aos princípios que são vigas-mestras do ordenamento consuetudinário e penal brasileiro, represente-a essa exacerbada preocupação preventivista do direito criminal da sociedade contemporânea, que a par de uma transformação social, processada a velocidade da comunicação global instantânea, de um processo tecnológico inimaginável e imprevisível, quer antecipar a punição de condutas, com o fim de prevenir perturbações e garantir segurança, usando, para isso, o recurso do simbolismo da lei penal e da intimidação dos cidadãos com o estigma da punição criminal”.⁹¹

Conforme ensina Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira,

“ao contrário do que atualmente acontece no criticável direito penal promocional do estado, mais preocupado com soluções formais e midiáticas, a ordem jurídica deverá abandonar propostas de penas simbólicas para, prioritária e antecedentemente, identificar as condutas verdadeiramente ofensivas aos bens jurídicos fundamentais, usando a regra da razoabilidade, adequando as penas à necessidade de punir”.⁹²

Borba defende que,

“assim como as normas em branco e os tipos abertos, os crimes de perigo abstrato são utilizados na ‘inflação’ legislativa, contribuindo para levar o Direito Penal Pátrio contra o fluxo da história, deixando para trás a idéia de *ultima ratio* e colaborando para um Direito Penal máximo, ícone de uma sociedade do terror (aludida pelo sociólogo Beck, em que a criminalização é banalizada)”.

Segue Borba defendendo ser

“inadmissível que um Estado democrático de direito, garantias e direitos fundamentais do ser humano sejam mitigados como consequência da utilização do Direito Penal como um símbolo, ignorando sua função básica de tutela de bens jurídicos de maior relevância. A importância dos bens resguardados pelos tipos de perigo abstrato é indiscutível, mas o Direito Penal não é o único nem o mais adequado meio de protegê-los”.⁹³

Após o advento da atual Constituição Federal, é impossível que se faça uma interpretação fechada do ordenamento jurídico, revelando-se necessária a aplicação da norma sistematicamente, ou seja, é imprescindível que se faça uma

⁹¹ ROMERO, Diego, ob. cit., p. 59.

⁹² OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *Crimes de Perigo Abstrato*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 23, p. 8-14, abril-maio 2008, p. 13.

⁹³ BORBA, Maurício. *A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

constitucionalização do Direito Penal levando em consideração todos os princípios e garantias basilares presentes na Lei Maior.

3.3. A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Quem entende que os crimes de perigo abstrato são constitucionais, aduz que parte da doutrina defende a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, como se verá adiante, por entender que eles violam os princípios da lesividade e da intervenção mínima, sendo que a Constituição Federal, em momento algum enumera tais princípios e que “obtê-los mediante simples interpretação do texto constitucional seria um verdadeiro ‘contorcionuismo hermenêutico’”.⁹⁴

Por ser “perigo” um conceito jurídico indeterminado, cujo campo de significação pode variar entre uma possibilidade remota e uma extrema possibilidade de risco, não há como se precisar um “ponto médio” onde deveria se situar a atuação penal, estando dentro da discricionariedade do legislador determinar até que ponto o risco é inaceitável.

A proliferação desmedida desses crimes, como se observa nos dias de hoje, não se coaduna com a moderna construção do direito penal, pois o legislador penal se utiliza desse modelo de crime sempre que se vê necessitado de legitimar uma conduta em princípio não ofensora de bens jurídicos.⁹⁵

Entretanto, apesar dessa excessiva antecipação da tutela penal, isso não quer dizer que o perigo abstrato não mereça ser acolhido no nosso direito, não sendo possível a crítica do tipo penal nos casos de bens supra-individuais, justamente pela qualidade particular desses bens.

A adoção de crimes de perigo abstrato se mostra imprescincível para se conferirem respostas à criminalidade oriunda da sociedade de risco, pois somente esse crimes podem atuar na esfera anterior à da lesão e proteger os bens jurídicos supra-individuais. O problema reside no fato de que a legislação brasileira não faz uso correto dessa ferramenta.⁹⁶

⁹⁴ AGUIAR, Alexandre Magno F. M.. *O crime de porte ilegal de arma sem munição, ou, quando o desejo tenta desbancar a realidade*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29098>> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

⁹⁵ FERRAZ, Denise Nóbrega, op. cit., p. 44.

⁹⁶ FERRAZ, Denise Nóbrega, ob. cit., p. 44.

Para Gilmar Ferreira Mendes, as disposições constantes nos arts. 5º, incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, inciso X, 225, § 3º, e 227, § 4º, da Constituição Federal, são normas nas quais se identifica um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos, traduzindo, esses princípios, uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.⁹⁷

Ainda na visão de Gilmar Ferreira Mendes:

“Tal concepção legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de ‘adversário’ para uma função de guardião desses direitos.

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inquivocadamente, a identificação de um dever estatal de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).”

Observa-se que os dispositivos constitucionais pátrios referidos expressam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador. Esses mandatos de criminalização funcionam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.⁹⁸

Defende Gilmar Ferreira Mendes que:

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 629.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 631.

“É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo ‘catálogo’ de mandatos de criminalização expresso de que se tem notícia.

Ao lado dessa idéia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma orde, de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode-se conter no âmbito daquilo que se costuma denominar discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, como *proibição de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais, como *imperativos de tutela* (*Canaris*) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção”.⁹⁹

Com base nessa visão, conclui-se que os mandatos constitucionais de criminalização impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de se observar o princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. O princípio da proporcionalidade deve guiar sempre a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*.¹⁰⁰

Dessa forma, não parece haver nenhum óbice constitucional à categoria dos crimes de perigo abstrato.

4. A TIPICIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA

O porte ilegal de armas de fogo foi, durante décadas, tratado apenas como uma simples contravenção penal. Mas, em vista da crescente criminalidade violenta, foi editada, em 1997, a Lei n. 9.437/97, que tornou essa conduta um crime, cominando pena de um a dois anos e multa.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 631.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 632.

Mas, a referida lei não se mostrou suficiente para combater a crescente violência, porquanto, anualmente, cresciam as taxas de diversas modalidades de crimes, como homicídio, latrocínio e extorsão mediante sequestro. Como de costume, o Estado brasileiro foi incapaz de tomar as providências administrativas cabíveis para fortalecer a segurança pública, e tomou a atitude de aprovar uma lei penal mais rigorosa, como se apenas isso resolvesse o problema. Daí nasceu a Lei n. 10.826/2003, mais conhecida como “Estatuto do Desarmamento”.¹⁰¹

Observa-se do Estatuto do Desarmamento que importantes alterações foram realizadas, na medida em que a lei passou a punir não só o porte ilegal de arma de fogo, mas também de acessórios e munições. Além disso, a pena foi aumentada de 1 a 2 anos para de 2 a 4 anos, deixando o crime de ser considerado de menor potencial ofensivo (julgado pelos Juizados Especiais), passando a ser de alto potencial ofensivo. O crime também tornou-se inafiançável, devendo o acusado responder ao processo preso, a menos que a arma se encontre registrada em seu próprio nome.

Não há dúvidas de que o legislador passou a considerar o crime de porte ilegal de armas de fogo como um crime de relevante gravidade. Mais do que isso, passou a tipificar o porte ilegal de munição. Assim, nos dias de hoje, é crime o porte ilegal de arma de fogo, isoladamente, ou seja, sem munição, e o porte de munição, isoladamente, ou seja, sem estar inserida em uma arma.¹⁰²

Tal dedução parece ser uma decorrência lógica da redação do art. 14 do Estatuto do Desarmamento, que assim dispõe:

“Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.”

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais superiores ainda não encontraram um entendimento comum e pacífico sobre a questão, havendo quem entenda pela tipicidade da conduta, considerando tal tipo como um crime de perigo abstrato, e

¹⁰¹ AGUIAR, Alexandre Magno F. M.. *O crime de porte ilegal de arma sem munição, ou, quando o desejo tenta desbancar a realidade*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29098>> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

¹⁰² AGUIAR, Alexandre Magno F. M.. *O crime de porte ilegal de arma sem munição, ou, quando o desejo tenta desbancar a realidade*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29098>> Acesso em: 17 abril 2010, à 20h.

quem, em sentido contrário, entenda pela atipicidade, por entender que o tipo violaria princípios constitucionais de extrema importância.

4.1. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A sociedade se modificou e se modifica constantemente, trazendo para dentro da vida social, modelos que nem sempre o direito consegue acompanhar. Com o avanço social, novas figuras penais aparecem, assim como aumenta a periculosidade, a violência, que são figuras presentes, hoje, na vida em sociedade, em virtude do sistema capitalista, das novas interações sociais, das novas tecnologias.

O cerne da questão da tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada está na capacidade lesiva da conduta de portar arma de fogo sem munição, em aferir se isso apresenta, realmente, um perigo ou não, se há lesividade, ofensividade nesta conduta.

As 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, pela maioria de seus membros, entendem que é típica a conduta de portar arma de fogo desmuniada sem autorização legal, defendendo, em geral, que o porte de arma de fogo desmuniada e o de munições, mesmo configurando hipótese de perigo abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma, constitui conduta típica.

Os ministros que adotam esse posicionamento, defendem a tese de que a Lei n. 10.826/2003, mais conhecida como o Estatuto do Desarmamento, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munições, define claramente a conduta de portar arma de fogo sem autorização legal, ainda que desmuniada, restando claro que o intuito do legislador foi tratar de modo mais rígido o porte e o uso de arma de fogo e munições, ampliando o rol das condutas delituosas. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART 16, INCISOS III E IV, DA LEI N.º 10.826/03). PRISÃO EM FLAGRANTE EM 15/03/2005. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS, AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. VERBETE SUMULAR N.º 7 DO STJ E SÚMULAS N.ºS 284, 282 e 356 DO STF. ARMA DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. SÚMULA N.º 284 DO STF. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Com relação à arguida violação aos princípios e garantias constitucionais previstos no art. 5.º, incisos LVII, LXV e LXVI, da Constituição Federal, cabe esclarecer que a via especial, destinada à uniformização da interpretação da

legislação infraconstitucional, não se presta à análise de possível violação a dispositivos da Carta Magna.

2. A insurgência relativa à ausência de provas para a condenação não deve ser conhecida, tendo em vista a incidência, na hipótese, da Súmula n.º 7 deste Superior Tribunal de Justiça e das Súmulas n.ºs 284, 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

3. As alegações relativas à ausência de tipicidade, sob o argumento de que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RHC 81.057/SP, a arma desmuniada não é apta a configurar as infrações previstas no Estatuto do Desarmamento, não deve ser conhecida por carência na fundamentação, na medida em que o recurso foi interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional e não foi indicado o dispositivo infraconstitucional supostamente violado, o que impõe a aplicação do verbete sumular n.º 284 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ainda que assim não fosse, este Tribunal já firmou o entendimento segundo o qual o porte ilegal de arma de fogo desmuniada e o de munições, mesmo configurando hipótese de perigo abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma, constitui conduta típica.

5. Desse modo, estando em plena vigência o dispositivo legal ora impugnado, não tendo sido declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não há espaço para a pretendida absolvição do Réu, em face da atipicidade da conduta.

6. Por fim, sustenta que a condenação relativa ao crime previsto no art. 16, incisos III e IV, da Lei n.º 10.826/03, segundo alega, não pode subsistir, porquanto o mencionado delito foi cometido durante a *vacatio legis* da novel legislação. Essa insurgência não pode ser conhecida, tendo em vista a ausência de prequestionamento, o que implica a aplicação das Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

7. Além disso, importante asseverar que somente as condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo foram abarcadas pela denominada *abolitio criminis* temporária, prevista nos arts. 30, 31 e 32 da Lei 10.826/03, não sendo possível estender o benefício para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Precedentes.

8. Recurso não conhecido.” (REsp 882.532/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 05/04/2010)

“PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. ORDEM DENEGADA.

1. A objetividade jurídica dos crimes de porte e posse de arma de fogo tipificados na Lei 10.826/03 não se restringe à incolumidade pessoal, alcançando, por certo, também, a liberdade pessoal, protegidas mediatemente pela tutela primária dos níveis da segurança coletiva, do que se conclui ser irrelevante a eficácia da arma para a configuração do tipo penal.

2. Para se configurar a tipicidade da conduta prevista no art. 14 da Lei 10.826/03, é irrelevante que a arma apreendida esteja desmuniada, bastando que haja o porte ou a posse ilegal da arma de fogo.

3. Ordem denegada.” (HC 147.623/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe 05/04/2010)

“PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 14 DA LEI N.º 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA. TIPICIDADE. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO.

Na linha de precedentes desta Corte, pouco importa para a configuração do delito tipificado no art. 14 da Lei n.º 10.826/03 que a arma esteja desmuniada, sendo suficiente o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Precedentes desta Corte). Ordem denegada.” (HC 146.425/GO, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, DJe 22/02/2010)

” HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA (ART. 16, PARÁG. ÚNICO DA LEI 10.826/03).

ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA INEXISTENTE. VACATIO LEGIS DOS ARTS. 30 E 32 DA LEI 10.826/03 INAPLICÁVEL, NA HIPÓTESE. ARMA DESMUNICIADA. CONDUTA TÍPICA. PRECEDENTES DO STJ. OPINA O MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei 10.826/03 não aboliu o crime de porte ilegal de arma de fogo e munições, anteriormente regulado pelo art. 10 da Lei 9.437/97, prevendo-o, expressamente, agora nos arts. 12, 14 e 16, inclusive com alteração da pena máxima para maior, inexistente, assim, a abolitio criminis do referido delito.
2. Esta Corte firmou o entendimento de ser atípica a conduta apenas no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no período estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização. A conduta de portar arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que ensejou a denúncia do paciente, continuou típica e não foi abrangida pela descriminalização temporária.
3. A circunstância da arma de fogo se encontrar desmuniada não exclui, por si só, a tipicidade do delito, uma vez que a conduta de portar armamento coloca em risco a paz social, bem jurídico a ser protegido pelo artigo art. 14 da Lei 10.826/03. Precedentes.
4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.” (HC 142.359/Sp, Rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho, 5ª Turma, DJe 22/02/2010)

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. REVÓLVER COM DEFEITO E DESMUNICIADO. CONSTATAÇÃO POR PERÍCIA. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. MAJORANTE NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. AFASTAMENTO PROCEDIDO. REPRIMENDA REDIMENSIONADA.

1. A utilização de arma comprovadamente ineficaz para disparo e, ademais, desmuniada, não autoriza o reconhecimento da causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal. Precedentes deste STJ.
- PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA. POTENCIALIDADE LESIVA DO ARMAMENTO APREENDIDO. LAUDO PERICIAL ATESTANDO A INAPTIDÃO DO REVÓLVER. IRRELEVÂNCIA. DESNECESSIDADE DO EXAME. CRIME DE MERA CONDUTA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO MANTIDO.

1. O simples fato de portar arma de fogo de uso permitido com numeração raspada viola o previsto no art. 16 da Lei 10.826/03, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva.
2. A existência de laudo pericial atestando a inaptidão do revólver apreendido mostra-se irrelevante, pois o delito do art. 16 da Lei 10.826/03 configura-se com o simples enquadramento do agente em um dos verbos descritos no tipo penal repressor.

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. MODO FECHADO. FIXAÇÃO DE FORMA MENOS GRAVOSA. CONDENAÇÃO EM DOIS CRIMES. CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A OITO ANOS. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MODIFICAÇÃO INVIÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO PATENTEADO.

1. Não há falar em constrangimento ilegal na imposição do modo fechado para o resgate da sanção reclusiva se a soma das penas dos tipos incriminadores em que restou condenado o paciente, considerando o concurso material entre os delitos de roubo agravado pelo concurso de agentes e o de porte de arma de fogo de uso permitido com numeração raspada, superou o patamar de oito anos de reclusão. Exegese do art. 33, § 2º, a, do Estatuto Repressivo.
2. Ordem parcialmente concedida tão-somente para excluir da condenação do delito de roubo a causa de especial aumento de pena disposta no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, restando a sanção do paciente definitiva em 8 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 23 dias-multa, por violação aos arts. 157, § 2º, II, do Código Penal, e

16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatidos.” (HC 106.206/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 13/10/2009)

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ATIPICIDADE. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA. APREENSÃO DE MUNIÇÃO.

1. O desmuniamento da arma não conduz à atipicidade da conduta, bastando, como basta, para a caracterização do delito, o porte de arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

2. A objetividade jurídica, in casu, é a segurança, que se desdobra em níveis e comporta lesão.

3. É que, nos tipos mistos alternativos, excluídos os casos da atipicidade absoluta, as ações que o integram não devem ser interpretadas isoladamente, não havendo como exigir-se o municiamento da arma de fogo, se o ilícito se caracteriza só com o porte de munição, também apreendida na espécie.

4. Ordem denegada.” (HC 78.190/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJe 18/08/2008)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSPORTE DE ARMA. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARMA DESMUNICIADA, DESMONTADA E ARMAZENADA EM SACOLA NA CARROCERIA DE CAMINHONETE. IMPOSSIBILIDADE IMEDIATA DE DISPARO. IRRELEVÂNCIA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. 2. ORDEM DENEGADA.

1. Tratando-se de transporte de arma de fogo, desmuniada e desmontada, armazenada em sacola, na carroceria de caminhonete, comprovadamente apta a efetuar disparos, não há falar em atipicidade tendo em conta a redação abrangente do art. 14 do Estatuto do Desarmamento.

2. Ordem denegada.” (HC 56.358/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 26/11/2007)

No entanto, ainda que minoritariamente, existem ministros que compõem a 6ª Turma do STJ, dentre eles o Ministro Nilson Naves, que se aposentou recentemente, que divergem desse entendimento, defendendo não ser típica a conduta de portar arma de fogo desmuniada sem autorização legal, sob o argumento de que arma, para ser arma, tem que ser eficaz, tem que ser lesiva, caso contrário, de arma não se cuida. Confirmam-se:

“Arma de fogo (porte ilegal). Arma sem munição (caso). Atipicidade da conduta (hipótese).

1. A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma.

2. Assim, não comete o crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto na Lei nº 10.826/03, aquele que tem consigo arma de fogo desmuniada.

3. Agravo regimental provido.” (AgRg no HC 76.998/MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, Rel. para acórdão Min. Nilson Naves, 6ª Turma, DJe 22/02/2010)

“Arma de fogo (porte ilegal). Falta de munição (caso). Atipicidade da conduta (hipótese).

1. A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma.

2. Não comete, pois, crime de porte ilegal de arma de fogo aquele que consigo tem arma de fogo desmuniada.

3. Habeas corpus concedido.” (HC 116.742/MG, Rel. Min. Jane Silva, Rel. para acórdão Min. Nilson Naves, 6ª Turma, DJe 16/02/2009)

“Arma de fogo (porte ilegal). Arma sem munição (caso). Atipicidade da conduta (hipótese).

1. A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma.

2. Assim, não comete o crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto na Lei nº 10.826/03, aquele que tem consigo arma de fogo desmuniada.

3. Ordem de habeas corpus concedida.” (HC 70.544/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª Turma, DJe 03/08/2009)

4.2. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, por meio da sua 1ª Turma, entende da mesma forma que a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, que a conduta de portar arma de fogo desmuniada sem autorização é típica. Para tanto, os ministros que compõem este órgão de julgamento defendem que a arma de fogo é a arma que mais apresenta potencial de lesividade, maior do que qualquer outro objeto de que se possa fazer ocasionalmente uso como instrumento de ataque ou de defesa, sendo muito maior a possibilidade de seu emprego para vitimar, de uma só vez, múltiplas pessoas, o que assombra toda a sociedade.

Para o Ministro Carlos Britto

“não há como negar o fato de uma automática associação de idéia entre as armas de fogo e os mais temíveis crimes contra o indivíduo, o patrimônio e a segurança pública. Sobre nenhum outro mecânico instrumento de ataque ou de defesa se faz tão centrado objeto de contrabando ou venda clandestina. Nenhum se presta com tanta repetição como fator de acidentes domésticos fatais e vitimação a esmo (*aberratio ictus*), de que a recorrente expressão ‘bala perdida’ tem conferido a exata medida. Tornando-se elas mesmas - as armas de fogo - o próprio objeto de constantes assaltos a agentes policiais e vigilantes em geral para a sua criminosa obtenção. Tudo a revelar uma superior eficácia de uso para o bem ou para o mal. Não sendo por acaso que o emprego do termo ‘passar fogo’ se haja consagrado como sinônimo do ato de matar. E as expressões ‘dedo no gatilho’ e ‘alça de mira’ denotarem o mais sério risco de morte para alguém” (RHC 91.553/DF).

Ressalta o Min. Carlos Britto que

“não há como destipificar a circunstancial conduta do indivíduo que se encontre com arma de fogo, porém desmuniada ou sem possibilidade de imediato municiamento. É que tal eventualidade pode não ser - e quase sempre não é - percebida pelos outros. Daí que a reação média desses outros sujeitos não se modifique. Permanecendo íntegra, por consequência, a necessidade de preservação dos bens que a ordem legal teve em mira proteger, ao interditar o porte em si dos artefatos do gênero” (RHC 91.553/DF).

Sendo assim, defendem os ministros que não há como deixar de considerar o caráter de perigo abstrato da conduta criminalizada . Nesse sentido, confirmam-se:

“EMENTA: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CARÁTER DE PERIGO ABSTRATO DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Donde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real. 2. Recurso improvido.” (HC 91.553/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 2ª Turma, DJe 21/08/2009)

“EMENTA: PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 da Lei 10.826/03. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO DESPROVIDO. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a Lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não municiada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação. III - Recurso desprovido.” (HC 90.197/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, 1ª Turma, DJe 04/09/2009)

Em entendimento diametralmente oposto entende a 2ª Turma da Corte Suprema, defendendo ser atípica a conduta de portar arma de fogo desmuniçada. Confirmam-se:

“EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime. Arma de fogo. Porte ilegal. Arma desmuniçada, sem disponibilidade imediata de munição. Fato atípico. Falta de ofensividade. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 10 da Lei nº 9.437/97. Voto vencido. Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, sem que o portador tenha disponibilidade imediata de munição, não configura o tipo previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97.” (HC 99.449/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 12/02/2010)

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA E ENFERRUJADA. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. ATIPICIDADE. Inexistindo exame pericial atestando a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida, resulta atípica a conduta consistente em possuir, portar e conduzir arma de fogo desmuniçada e enferrujada. Recurso provido.” (HC 97.477/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 29/10/2009)

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ATIPICIDADE. Inexistindo laudo pericial atestando a potencialidade lesiva da arma de fogo resulta atípica a conduta consistente em possuir, portar e conduzir espingarda sem munição. Ordem concedida.” (HC 97.811/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 21/08/2009)

CONCLUSÃO

A atualidade do tema proposto neste estudo e o divergente posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito foi a grande justificativa para sua discussão no meio acadêmico. O avanço da criminalidade, de uma forma geral, serviu como legitimador e justificador para a criação dos crimes de perigo abstrato, como meio de trazer mais segurança para a população, objetivando uma maior efetividade da justiça, uma resposta do Estado mais efetiva à criminalidade crescente.

Diante dos fatos explanados no decorrer do estudo e com todas as pesquisas realizadas, pode-se concluir que os crimes de perigo abstrato se justificam pela maior sensação de proteção que eles trazem à sociedade como um todo, pois, ao reprimirem condutas apenas potencialmente perigosas, mas que, de certa forma, já assustam à população, dão uma maior sensação de segurança. Obviamente, não se pode deixar de considerar que tais avanços fizeram surgir uma série de problemas relativos a um possível desrespeito a alguns princípios constitucionais de direito penal, como a lesividade, a ofensividade, a presunção de inocência, dentre outros. No entanto, ao fazer um confronto entre os princípios constitucionais que os crimes de perigo abstrato possivelmente ofendem e a proteção que eles trazem para a sociedade, não se pode deixar de reconhecer a necessidade deles.

Quanto à tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada, a jurisprudência dominante defende a tipicidade deste, baseando-se, principalmente, no perigo que uma arma de fogo, por si só, apresenta, sendo ela capaz de assustar a qualquer pessoa, independentemente de ser verdadeira ou não, de funcionar ou não, de estar muniada ou não, fato este que, por si só, já corrobora para a prática efetiva de crimes mais graves.

Partindo-se desta nova idéia de proteção que o direito penal visa efetivar com os crimes de perigo abstrato, surgem os conflitos de interesse entre a dignidade do agente e o bem estar da população como um todo. Nesses casos, deve-se levar em consideração o interesse da coletividade, bem como o caráter ofensivo e perigoso que as condutas tipificadas como de perigo abstrato representam, para que se possa definir o que é mais justo, mais correto, mais eficaz.

O tema é bastante complexo e alvo de críticas e debates incessantes. Os princípios constitucionais devem ser obedecidos pela comunidade jurídica, mas sempre de forma equilibrada, justa, pois nem um deles é tão absoluto a ponto de justificar uma falta de proteção dos cidadãos, de punição dos delinquentes, de falha na proteção da sociedade.

Uma variedade enorme de indagações são respondidas pelos doutrinadores e juristas de formas diversas, desta forma, buscou-se apresentar um panorama aclarador das variadas ideologias, fixando a premissa de que os interesses da coletividade devem ser sempre tutelados pelo Direito, não sendo possível que condutas potencialmente criminosas e danosas, principalmente o porte de arma de fogo desmuniada sem autorização legal, não sejam punidas.

Parece-nos que, dificilmente, as soluções legais podem ser soluções satisfatórias no campo do direito penal mais garantista. A tendência do legislador brasileiro tem se mostrado no sentido de aumentar os tipos penais, em busca de frear a criminalidade que cresce assustadoramente, de trazer uma maior segurança pública e jurídica aos cidadãos, ainda que, para isso, alguns princípios constitucionais tenham que ser relativizados.

Através deste trabalho, foi possível perceber que existe um ponto de equilíbrio entre a tipificação dos crimes de perigo abstrato e os princípios constitucionais de direito penal, em que um não afronta o outro, pois eles se complementam, se integram.

Finalmente, é importante que se considere que a intenção do legislador, com a criação dos crimes de perigo abstrato, não foi criar um direito penal do inimigo, em que se pune a pessoa por aquilo que ela é. Muito pelo contrário, o que se buscou e se busca com tais tipos penais, é trazer uma maior proteção à sociedade, uma maior segurança, punindo-se condutas que apresentem um potencial lesivo certo e assustador, condutas essas, que por si só, já causam medo à população, já aterrorizam, já intimidam e que, por essas razões, têm que ser evitadas, têm que ser repreendidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUIAR, Alexandre Magno F. M.. **O crime de porte ilegal de arma sem munição, ou, quando o desejo tenta desbancar a realidade**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29098>> Acesso em: 02.06.2010, à 20h.
2. BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. In: FERRAZ, Denise Nóbrega. **Crimes de Perigo Abstrato: A tutela dos bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno**. 2006. 46 f.. Monografia (Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2006.
3. CALLEGARI, André Luís. **Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato – Algumas considerações sobre a contravenção prevista no artigo 34**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, v. 748, p. 504-508, fev. 1998.
4. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
5. ROCCO, Arturo. **Lóggeto del reato e della tutela giuridica**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
6. BITENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis. **Princípios Fundamentais do Direito Penal**. São Paulo: RT, RBSCCRIM, jul./set. 1996
7. ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
8. FERRAZ, Denise Nóbrega. **Crimes de Perigo Abstrato: A tutela dos bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno**. 2006. 46 f.. Monografia (Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2006.
9. ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato**. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006.
10. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal, Parte general I**. In: CALLEGARI, André Luís. **Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato – Algumas considerações sobre a contravenção prevista no artigo 34**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, v. 748, p. 504-508, fev. 1998.
11. VIEIRA, Emanuelle Boullosa. **Moeda Falsa: um crime de perigo concreto ou abstrato?**. In: Toledo, Armando (org.). **Direito Penal – Reinterpretação à luz da Constituição: Questões polêmicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
12. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal, Parte general**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
13. ANGIONI, Francesco. **Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale – La struttura oggettiva**. In: FERRAZ, Denise Nóbrega. **Crimes de Perigo Abstrato: A tutela dos bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno**. 2006. 46 f.. Monografia (Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2006.
14. ANTOLISEI, Francesco. **L'azione e l'evento nel reato**. In: SILVA, Ângelo Roberto

- Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
15. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
 16. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
 17. FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo, fundamentando-se em ROCCO, Arturo. **Lóggeto del reato e della tutela giuridica**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
 18. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 632.
 19. JAKOBS, Günther. **Derecho penal – Parte general**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
 20. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoal: teoria de um direito penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
 21. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, a nova parte geral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
 22. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 61, p. 44-121, julho-agosto 2006.
 23. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.
 24. MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
 25. COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. In: ANGIONI, Francesco. **Il pericolo concreto como elemento della fattispecie penale**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
 26. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
 27. GRECO, Luís. **“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 49, p. 89-147, julho-agosto 2004.
 28. GOMES, Luiz Flávio. **A Constituição Federal e os crimes de perigo abstrato**. Disponível em:
<http://www.falfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277>
Acesso em: 02.06.2010, à 20h.
 29. GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e de processo penal**. São Paulo: RT, 1998.

30. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1996.
31. OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de perigo abstrato**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 23, p. 8-14, abril-maio 2008.
32. BORBA, Maurício. **A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato**. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc Acesso em: 02.06.2010, à 20h
33. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
34. NAVARRETE, Miguel Polaino. **El bien jurídico en el derecho penal**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
35. REALE JÚNIOR, Miguel. **Filosofia do direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
36. MIRANDA, Pontes. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
37. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
38. PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
39. KINDHÄUSER, Urs. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
40. PATALANO, Vincenzo. **Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo**. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
41. COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime, Volume I**. In: ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato**. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006.
42. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, **Decreto-Lei nº 2.848** de 07 de dezembro de 1940.
43. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Promulgada em 05 de outubro de 1998.
44. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em 02.06.2010, às 12h.
45. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 02.06.2010, às 12h.